

ESMAFE

ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

**O DIREITO DE RECORRER E A FORMAÇÃO DAS
CORTES DE JUSTIÇA**

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

*Juiz do TRF da 5a. Região
Professor de Processo Civil da
Faculdade de Direito da UFC*

SUMÁRIO: 1. *Primazia dos recursos na história do processo.* 2. *Centralização política e sistematização recursal.* 2.1. *O centralismo do poder no Mundo Arcaico.* 2.2. *O fenômeno do centralismo no Mundo Feudal.* 2.3. *A ratio centralizante do Estado Moderno.* 3. *O Direito no Liberalismo Burguês.* 3.1. *O Estado Social e a exegese construtiva. Bibliografia.*

1. PRIMAZIA DOS RECURSOS NA HISTÓRIA DO PROCESSO

Aparentemente, a história do processo, como algo organizado, se iniciou com o uso dos recursos ou, numa linguagem mais precisa, terá sido a sistematização do uso dos recursos *anterior* à sistematização das ações judiciais, ou à disciplina das ações perante o órgão que cumpria a função judicial, nas sociedades mais antigas.

Isso significa que *as ações judiciais foram objeto de racionalização posterior à do exercício dos recursos*, ou seja, que a elaboração das regras recursais primárias precede à estruturação do modo de exercer o direito de ação, nas suas várias modalidades.

O exercício da *potestade judicial*, entendida nas suas formas mais arcaicas, quiçá envolvendo as *composições induzidas* entre os litigantes (quer por interferência ou pressão da autoridade tradicional ou de elementos do grupo familiar ou, ainda, de terceiros interessados no fim da disputa), dava-se de *modo difuso*, cabendo a algumas pessoas que, por várias razões (sobretudo as de fundo religioso), iam assumindo progressivamente esse papel.

Entre os povos da remota antiguidade se vê a clara mescla, de início informal, entre as autoridades religiosas e os julgadores, e isso se deve, certamente, à crença de que os sacerdotes estão mais próximos da divindade (a fonte primária

da Lei), quer pela *vida exemplar* que levavam, quer pela *prática do culto* (diálogo com Deus), contribuindo para a idéia de sua *elevação e santificação*, isso em voz moderna.

Quanto ao uso dos recursos, vê-se que o poder de reexame das questões *sempre esteve centralizada na figura do chefe militar (ou mesmo do chefe religioso, quando havia a separação dessas duas funções)*, daí por que se impunha, até por incontornável exigência prática, alguma forma de *seleção* dos assuntos que podiam *subir até essa instância*, quase sempre justificada por motivos de ordem política (conservação da autoridade do chefe e da Lei revelada por seu intermédio).

O crescimento das populações, o conseqüente aumento do número de litígios e também a evolução da sua complexidade terminam impondo a necessidade de os recursos serem decididos por *corpos julgadores intermediários* entre os juízes, que tiveram o primeiro contacto com a querela, e a própria *última instância*, assim tendo início a formação do *complexo recursal institucional*.

É muito compreensível, sem dúvida, que esses *corpos julgadores intermediários* fossem formados por pessoas que o próprio príncipe escolhesse (*já que a elas cometeria parte da sua própria função jurisdicional*) e que, portanto, inclusive em face dessa escolha, se tratasse de *cortes* mais afeitas à fiel exegese da Lei e às diretrizes judicantes do monarca.

Vistas as coisas por esse prisma, isto é, sob uma óptica essencialmente *política*, também se faz muito mais compreensível que os julgamentos dessas mesmas *cortes* fossem essencialmente *juízos de legalidade*, potencialmente distintos de eventuais *juízos de equidade* que poderiam *desfigurar* de algum modo as *pautas mais relevantes do sistema*.

Essa postura cognitiva (ou esse *viés cognitivo*, se se preferir) tem uma importância prática de conseqüências que logo se detectam e uma enorme repercussão no que respeita à solução da demanda: o pedido da parte e o exercício da jurisdição recursal são considerados *não do ponto-de-vista do sujeito que busca justiça, mas do ponto-de-vista do sistema jurídico, tal como é percebido pelos juízes do recurso*.

Em função disso, tem-se como quase-inevitável que a produção da solução pelo juízo recursal se oriente pela norma posta no sistema, qualquer que seja a sua fonte de revelação, considerando que ela (a norma) existe *para regulação de um caso concreto e singular, que aflora somente quando (e se) duas ou mais pessoas entram em relação de conflito jurídico*.

Nesse sentido, as normas recursais tradicionais são sobretudo *estritamente veiculantes das soluções dos casos* (solução legal), sendo exígua e quase

inexistente mesmo a alternativa de uma possível solução extraída da amplidão (*cosmos normativo*) do ordenamento; essa possibilidade, que dará suporte aos ulteriores *juízos de equidade*, somente surge quando o sistema passa a adotar a chamada *formulação abstrata das regras*, ainda assim limitada a *inovação interpretativa do juiz* aos seus limites.

Assim se mostra a dissemetria ou desuniformidade entre os sistemas jurídicos do passado e os contemporâneos, quanto ao conteúdo da função jurisdicional recursal; como leciona PIERO CALAMANDREI, naqueles predominava o *sistema da formulação para o caso concreto ou singular*, praticamente não se conhecendo o *julgamento por equidade*.

Nas nascentes, todos os sistemas jurídicos vinculam os julgamentos ao *princípio da legalidade*, com a inevitável submissão do Julgador aos juízos políticos realizados pelo legislador e introjetados nas normas legais, como assinala o já citado processalista:

“Num ordenamento em que predomine o método da formulação do direito para o caso singular, o Juiz, no momento em que é chamado para fazer justiça a respeito de uma relação concreta controvertida, não encontra diante de si uma norma pré-constituída da qual possa logicamente deduzir, em forma individualizada e concreta, o mandato já potencialmente contido na vontade, abstratamente manifesta pelo legislador.” (Direito Processual Civil, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, BookSeller, 1999, vol. 1, p. 98).

Na estimação desse mestre, os *juízos de legalidade* são também juízos políticos, servientes da conservação do ordenamento e preservação das suas estruturas, com todos os efeitos e compromissos que daí decorrem:

“No sistema da legalidade, existe entre o legislador e o Juiz uma divisão de trabalho: todos os fatores políticos devem ser levados à valorização dos órgãos competentes para criar as leis, não dos órgãos tais como, no primeiro lugar, os Juízes, aos que lhes corresponde somente aplicá-las tais como são.” (op. cit., vol. 1, p. 99).

A *divisão entre o trabalho de legislar e o trabalho de aplicar as leis*, existente nos sistemas de legalidade, encerra, na sua formulação aparentemente simples e racional, uma divisão muito mais profunda e conseqüente, qual seja a

divisão entre o *jus condendum* e o *jus conditum*, impedindo-se ao juiz *invadir a seara* das proposições abstratas.

Nos quadros institucionais (da atualidade ou do passado) em que é observada essa *estrutura*, segue-se que a atividade de julgar não se mostra apta a *criar* soluções inéditas dentro do ordenamento do Direito, mas lhe cabe, quase que exclusivamente, *aplicar* as normas e regras postas pelo legislador, único autorizado a captar os elementos materiais que dão conteúdo às *leis abstratas*.

Nesses contextos, os exercentes da atividade de julgar, quaisquer que sejam ou venham a ser a forma e o modo de suas investidas, tomam uma posição diante do quadro normativo preexistente, que expressa a respectiva noção de *ordem*, significando *algo a preservar ou algo a defender, sem (muitas vezes) uma maior atitude crítica*.

A *crítica* e a *atitude crítica* só aparecerão muito tempo depois, quando se desenvolvem na sociedade noções que de alguma maneira *questionam a ordem e o poder que a conserva e a defende*, como a de direitos individuais ou a de direitos subjetivos, por exemplo, mas isso comporia o núcleo de outra história.

Em livro realmente essencial, o eminente Professor NELSON SALDANHA, da Universidade Federal de Pernambuco, expõe o conteúdo de *milénar confronto* entre o *ser* (ordem e a sua expressão no quadro normativo) e o *pensar* (sempre envolvendo a crítica dos julgamentos), mostrando a imbricação de ambos:

“No milénar confronto entre o pensar e o ser (confronto que só pode caracterizar-se a partir do pensar) se encontra a referência fundamental para todos os grandes e graves problemas relativos ao embasamento do entender e do julgar. Inclusive os problemas que também podem ser colocados com referência ao convívio entre o pensar e a ordem — antigo e problemático convívio, tornado problemático a partir das primeiras manifestações da consciência crítica, com seu questionamento e suas exigências. Como o ser é ser em função do pensar que o afirma, assim ocorre com a ordem: só que a ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar.” (Ordem e Hermenêutica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1992, p. 103).

E o mesmo mestre frisa que é imemorial a associação entre o poder e a ordem, as formas de ordem e as formas de poder, podendo-se concluir que ao longo da história social as duas realidades *mais do que coexistem*, na verdade se unificam e se fundem numa só:

“É mais ou menos claro que as modalidades do poder correspondem, através dos tempos, às modalidades da ordem. Monarquia, tirania, democracia, vida urbana ou rural, vida em paz ou campanha militar: formas de ordem, formas de poder. Ocorre ainda que o poder, como elemento ou como componente do viver social, é sempre aquele que consagra ou impõe a ordem: neste caso, a ordem revela o poder, pressupõe-no, provém dele, mas por outro lado o poder a pressupõe, como um quadro sem o qual ele não teria nem necessidade nem contorno. Nos exemplos históricos ou antropológicos disponíveis, as duas coisas se apresentam já conjuntas: o poder se exerce dentro de uma ordem, a ordem se mantém por meio do poder.” (op. cit., p. 104).

No que respeita à formação ou gênese das Cortes de Justiça e, conseqüentemente, das principais rotinas do direito recursal, seria equivocado supor que se tratasse de *processo* estranho a essa associação entre o poder e a ordem, sendo mais exato dizer que essas instituições (as Cortes) fazem parte fundamental da própria *estrutura do poder* e que existem para preservar a *ordem normativa* que lhe corresponde.

Dito assim, aceita-se que, de algum modo, a gênese da *estrutura judiciária e, dentro dela, a das Cortes de Justiça*, explica a indicação de sua vinculação ao poder centralizado, mantendo-se sempre esse aspecto, na verdade, como um ponto de grande interesse prático na elaboração de teorias sobre a independência dos julgadores.

Não são poucas as vozes que *acusam* os Tribunais, bem como os julgadores de primeiro grau, de *comprometimento institucional* com a potestade executiva e uma das razões para tal *crítica* é precisamente a origem da formação e da composição desses mesmos órgãos.

Apesar disso, a independência dos julgadores é um fato que vem afirmado por muitos estudiosos, com as exceções de praxe, mas as increpações adversas merecem atenção, como assinala DENNIS LLOYD, cuja análise toma como exemplo a organização do Judiciário na Inglaterra:

“De um ponto de vista contrário (à dita independência dos julgamentos), pode ser afirmado que, como os juízes têm que ser nomeados por alguém, isso significa na prática a nomeação ou pelo governo ou por algum membro do governo, como, por exemplo, pelo Lord Chanceler ou o Primeiro Ministro, na Inglaterra, ou por um Ministro da Justiça, em muitos outros

países. Então, será perguntado, como pode a independência ser preservada, se as nomeações são, para começar, feitas por políticos?” (A Idéia de Lei, tradução de Álvaro Cabral, Martins Fontes, São Paulo, 1985, p. 224).

Parece não haver dúvida de que essa *gênese* de fato cria algumas dificuldades para aceitar-se a independência dos Tribunais, *quando julgam causas em que há relevante ou estratégico interesse do poder central*, mas essas mesmas dificuldades podem ser superadas, como analisa o referido autor:

“A experiência mostrou que existem formas de superar essas dificuldades, embora qualquer desses métodos não prove ser invariavelmente bem-sucedido. Um fator muito importante é o desenvolvimento de uma forte tradição favorável a que se ignorem as considerações políticas quando se fazem nomeações judiciais. Tal tradição, de fato, desenvolveu-se gradualmente na Inglaterra, embora a sua consolidação possa ser considerada relativamente recente, e os fortes vínculos anteriores entre a lei e a política, ainda se refletem em características tais como o duplo papel do Lord Chanceler como político e como chefe do Judiciário, e a pretensão dos procuradores de Justiça a certos tipos de promoções judiciais.” (op. cit., p. 224).

Geralmente, a *despolitização* dos julgamentos dos recursos, máxime quando realizados nas Cortes de Justiça mais altas, sobretudo na Corte Suprema, é uma espécie de *meta* de respeitáveis estudiosos do Direto Processual, *mas essa proposição muitas vezes assume conotações também políticas e até mesmo viéses ideológicos*, como a de se querer substituir o entendimento dos julgadores por outro que também tem nítida matriz política, embora adversa.

A *democratização dos julgamentos*, quiçá uma idéia de maior força do que a da sua *despolitização*, mesmo sendo uma das mais afagadas da modernidade, envolve como principal pressuposto a *reforma do método de recrutamento dos juízes de todos os graus*, mas se observa que há uma forte resistência a essas mudanças - *e não apenas por parte da hierarquia judiciária*.

Nas seleções de juízes se vê um envolvente esforço no sentido de *minimizar* as exigências de requisitos e de se converter o procedimento seletivo apenas numa espécie de *ádua competição intelectual*, deixando-se em segundo plano (ou mesmo se descartando) outros elementos de relevo, como a demonstração de independência (que se requererá dos juízes), *que possa ser verificada em*

desempenhos mais ou menos prolongados de atividades profissionais na área do Direito.

2. CENTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO ESTADO E SISTEMATIZAÇÃO DA ATIVIDADE RECURSAL

Aceita, com as reservas devidas, a afirmação que *em todos os tipos de sociedade há alguma forma de organização estatal ou alguma forma de estrutura que desempenha o papel de aglutinação, defesa e expansão*, se haverá de visualizar e entender, desde os seus mais antigos momentos, o consórcio entre o poder e o Direito, tido e havido como coisa assente.

Tal consórcio se expressa, como é comum, através de um dos mais tenazes fenômenos na história social, que é o do chamado *centralismo*, consistente na íntima conexão entre os diversos *exercícios práticos do poder* e a sua *correspondente formatação jurídica* ou mediante figurações de Direito.

Também com os *descontos* sempre recomendáveis na análise de temas com conteúdos de história social, pois nesse continente as coisas geralmente não são uniformes, *nem mesmo quando contemporâneas*, será possível afirmar que o fenômeno do centralismo está presente em todo o percurso evolutivo dos grupos humanos.

2.1. O centralismo do poder no Mundo Arcaico

Designa-se aqui pela expressão *Mundo Arcaico* o amplo conjunto (claro que não homogêneo, mas diversificado) das sociedades humanas com existência histórica documentada, anteriores à formação das chamadas *grandes civilizações do Mundo Antigo ou Mundo Clássico*, abrangente de um outro conjunto de sociedades, onde as instituições sociais já se apresentam com alguma dose de organização e racionalidade.

Alega-se que nessas sociedades arcaicas, ou pelo menos em quase todas elas, *a prática do que se poderia chamar de instituições jurídicas era toda informal*, eis que as *regras* eram sobretudo heranças imemoriais, *acumuladas de forma lenta, no decorrer do tempo, e aceitas sem oposições relevantes*.

Contudo, mesmo nesses primórdios civilizatórios, a função de julgar já era estratégica, como continuaria sendo nas sociedades históricas subsequentes, logicamente com os progressos decorrentes da evolução social, *mas sempre se resumindo em mecanismo de conservação e expansão do poder*.

Tem importância assinalar essa nota de *lentidão na acumulação* das práticas jurídicas, nessas sociedades, formando o chamado *costume* (o *tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*, como depois o definiriam os juristas romanos), para estabelecer o *contraste* com as sociedades posteriores, sob o sinal da racionalidade, *onde a positivação das regras se daria de forma rápida e sem maiores conexões com as precedentes*.

Mas não se mostra relevante, para essa constatação, questionar-se *qual a origem do poder*, mas apenas identificar a sua estreita correlação com o respectivo *quadro normativo consuetudinário*; embora essa expressão (quadro normativo) possa ter um sentido marcadamente *moderno*, será a que melhor e mais fielmente traduz o plexo de tradições (costumes) que compunha a base do *Direito Arcaico*.

A tática fundamental do centralismo no direito recursal (e isso não está adstrito a nenhuma forma social específica) pode ser resumida na *função de rever todas as decisões adotadas por órgãos julgadores disseminados de modo assistemático ou julgar todas as questões em último grau*, não sendo possível uma outra apreciação que *reforme* os seus termos ou conteúdos.

Esse *traço* é constante e revelador da permanência daquela prefalada *associação entre o poder e a ordem*, visível em toda e qualquer sociedade humana, no sentido de que toda sociedade possui um *centro de poder e uma correlata noção de organização*, cuja preservação ou continuidade é provida por intermédio da *aplicação* do respectivo Direito.

Voltando ao tema das *sociedades arcaicas*, dir-se-á que, nesses ambientes, essa associação era vista sem nenhuma dissimulação e como o poder arcaico era entendido como algo tradicional e as suas autoridades investidas pela força da tradição, *será mesmo aceitável se dizer que nessas sociedades o Direito também se formava por lenta acumulação de práticas vinculadas a procedimentos místicos (não racionalizados)*, mas nem por isso menos eficientes.

Já nas sociedades do Mundo Antigo, tomada a expressão no sentido mais genérico, essa associação continuou presente de todo modo e mesmo de um modo até mais explícito, eis que se verifica - talvez incipientemente - um início de algo que viria a ser a *completa racionalização da relação poder/Direito e Direito/poder*.

O *caso* do Direito Romano, para citar o conjunto jurídico antigo mais próximo, é *exemplar*, no sentido de que forneceu um *padrão* que ficou consistente e também *imitado* na história, passando-se (muitas vezes de forma quase íntegra) para os tempos posteriores.

2.2. O fenômeno do centralismo no Mundo Feudal

Nas sociedades do chamado Mundo Feudal (apesar de limitado ao espaço europeu e bastante heterogêneo), o vínculo da função julgadora com a figura central do feudo continuou sendo nitidamente visível, sendo clara, ademais, a absorção do *poder de julgar* pelo titular do poder territorial, *sem embargo da sua delegação eventual (temporária ou não) a colegiados escolhidos segundo o critério subjetivo do chefe do feudo*.

Nesse universo feudal coexistem e interpenetram-se a herança romana (já composta como *sistema jurídico*, provido, inclusive, de vasta literatura) e as práticas arcaicas ou antigas das sociedades que se integraram no caldeamento de povos no fim do Império, sendo aí uma *matriz* de experiências jurídicas que produzirá efeitos de longuíssima duração.

Na medida em que se pode *expandir* a experiência dos feudos para além dos horizontes europeus e fazer dela também algo *exemplar* (consistente e imitável), será legítimo afirmar que o fenômeno do seu centralismo territorial se impregnou nas instâncias de poder que lhe são posteriores, ou seja, que o *Direito Feudal* se insinua e se dissemina nas estruturas dos Estados Modernos, *especialmente na sua conhecida amálgama com o Direito Canônico ou da Igreja e, depois, na assimilação da recepção romanística, de que já se falou*.

Talvez a mais importante ou, seguramente, uma das mais importantes *heranças do medievo*, transmitida aos tempos modernos, *seja mesmo a noção de unidade e indivisibilidade do poder*, típica da investidura papal, repassada pelo Direito da Igreja, como o refere o Professor WALTER ULLMANN:

“El concepto más relevante de gobierno papal de la Edad Media fue el concepto de auctoritas. Empleado originariamente en la constitución romana, expresaba el poder último, supremo de establecer normas de acción vinculatorias. Se tratada, sin duda, de un idea de inspiración carismática que habia dado origen al principatus, es decir, a una monarquía rectamente entendida. Pero la característica esencial de la auctoritas (romana y papal) era su indivisibilidad y, por tanto, el no poder ser poseída plenamente sino por un solo hombre, en tanto que su concepto correlativo, la potestas, sí era susceptible de división.” (Princípios de Gobierno y Política en la Edad Media, Revista de Occidente, 1971, Cap. 3, p. 61).

Esse importante legado medieval é também assim considerado pelos historiadores CARLTON HAYES, MARSHALL BALDWIN e CHARLES COLE,

que assinalam a importância do desenvolvimento dos estudos jurídicos, nas Universidades criadas nesse período, a formação das *escolas* e o incremento das ciências e das artes em geral (História de la Civilización Occidental, Ediciones Rialp, 1967, vol. I, p. 279).

2.3. A *ratio* centralizante do Estado Moderno

Foi na *era moderna*, com o surgimento dos Estados Nacionais, legatários em larga escala das tradições do Direito Romano, com as suas estruturas centralizadas, que se deu a *consagração da monarquia absolutista e hereditária*, com ainda mais estrita vinculação entre poder e ordem (quadro normativo e jurisdição).

Exprimiam-se, no plano da jurisdição, sobretudo, através das designações dos órgãos julgadores pelos príncipes (tanto os juízes da *instância básica* como os dos Tribunais e talvez principalmente estes últimos).

Talvez caiba repetir que a formação dos Estados Nacionais (às vezes chamados de Estados Modernos), é fruto da aglutinação inter-feudal, geralmente concluída por esforço de guerra, resulta de algo como uma *composição política na mesma base territorial*, mas com soldaduras de forte resistência aos episódicos esforços de dispersão.

Adite-se a esse quadro que os Estados Nacionais se organizaram *sob a forma estatal unitária*, reforçada pela coetânea implantação de *monarquias absolutas/hereditárias*, de modo que tudo induzia as tendências e forças centrípetas, no sentido do fortalecimento permanente das estruturas e dos dinamismos internos e externos que lhes são afins.

Foram os Estados Nacionais uma experiência de forte e intensa *centralização e concentração* política e jurídica, também, manifestada de muitas e variadas formas, dentre as quais: a unidade territorial, a nacionalidade única, a primazia do Direito Doméstico, o *monopólio da jurisdição*, a moeda única, o exército hierarquizado e a exclusividade estatal na esfera representativa internacional, *tudo isso no formato de uma unidade de poder, na sua conhecida e já falada imbricação com o respectivo Direito (e vice-versa)*.

É nessa forma de Estado (unitário e centralizado) e também nesse tempo (era moderna) que se completa a absorção de todas as formas de jurisdição pelo poder estatal, vindo daí a *proscrição* de formas concorrentes de tal função, o que dá significado à nota do *monopólio jurisdicional*; nos tempos anteriores, a jurisdição também era *componente* das funções do príncipe, mas agora, com a institucionalização do poder, essa relação adquire e assume *novas dimensões*.

Ver-se-á a magnitude da herança centralizante nos conceitos unitaristas que terão ampla aceitação nos tempos da formação do Estado Moderno, na sua forma original e na sua versão unitária, que o Professor PAULO BONAVIDES considera a expressão mais coerente e lógica de sua organização:

“Das formas de Estado, a forma unitária é a mais simples, a mais lógica, a mais homogênea. A ordem jurídica, a ordem política e a ordem administrativa se acham aí conjugadas em perfeita unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império. No Estado unitário poder constituinte e poder constituído se exprimem através de instituições que representam sólido conjunto, bloco único, como se respondessem já nessa imagem à concretização daquele princípio de homogeneização das antigas coletividades sociais governantes, a cuja sombra nasceu e prosperou o Estado moderno, desde que este pôde com boa fortuna suceder à dispersão dos ordenamentos medievos.” (Ciência Política, FGV, Rio de Janeiro, 1967, p. 102).

Em torno desse *modelo centralizado* também vai se desenvolver, aliás naturalmente, a idéia de *direito unitário* ou *ordenamento jurídico unitário*, que não teria paralelo no medievo, por exemplo, e isso traz reflexos e efeitos da mais alta monta para a própria noção de Direito Moderno, *sendo a mais expressiva, possivelmente, a noção de direito escrito*.

Dissemina-se, por igual (embora isso só venha a ter aceitação generalizada sob o Estado Liberal), a idéia de que o *Estado também se submete à jurisdição que, mesmo sendo função sua e por ele dirigida, sobrepõe-se ao próprio poder estatal*, por meio de processos que de algum modo *neutralizam* a sua potestade incontestável ou a *nivelam* aos demais atores da relação processual.

A submissão do Estado à jurisdição talvez seja a *mais importante conquista da modernidade*, mesmo que conserve alguns traços da época em que essa submissão era *incogitável*, que hoje em dia se manifestam de privilégios processuais.

Naquela conjuntura, começam a se expandir as *primeiras formas das garantias*, passando-se progressivamente de concepções estreitas e marcadas pelo espírito corporativo, para concepções mais largas e mais abrangentes de novos (e outros) destinatários, bem como vêm à cena os *procedimentos indispensáveis à efetivação dessas mesmas garantias*.

É certamente o advento do *procedimento* a grande e notável novidade desses tempos, pois é nele e por ele que as *garantias* ganham possibilidade de

concreção; sem ele, como se dava antes, *as garantias pareciam mais enunciados solenes, que não chegavam a realizar a promessa da segurança*; quanto a esse ponto merece referência o *percurso* cumprido pela *garantia do Habeas Corpus*, como o relata PONTES DE MIRANDA (História e Prática do *Habeas Corpus*, BookSeller, São Paulo, 1999, vol. I, Parte I, Cap. IV).

As noções de *procedimento, processo e jurisdição* formam uma trilogia que indica o caminho da concreção das garantias, mais certas e seguras quando *escritas* e entregues à aplicação de um *poder de julgar* isento de injunções que sejam estranhas aos preceitos do ordenamento.

O *curso evolutivo do Estado Moderno* permite ver que muitas das suas instituições e, sobretudo, dos substratos que nele estiveram incorporados *migraram integralmente para os estágios posteriores que a estrutura estatal veio assumindo, ao longo da sua história*, inclusive a forma *liberal*, mas com as versões decorrentes da absorção de outros valores.

3. O DIREITO NO LIBERALISMO BURGUESES

Na seqüência histórica e visando à superação imediata do absolutismo que o centralismo estatal favorecera, emerge o *modelo* do Estado Liberal, com a nítida vocação de *separar funções*, prestigiar a Lei como instrumento de controle do poder e consagrá-la como meio de disciplina e pacificação social.

O ambiente do Estado Liberal foi o ambiente propício à floração da *ideologia do culto à Lei*, vista como demiúrgica e necessária, louvada em abstrato, como bem relata o mestre NELSON SALDANHA:

“No Ocidente, sobretudo nos séculos modernos, o culto à lei se faz in abstracto, à lei como tal, à legislação como expressadora de direito: distintamente do caráter de tal lei, de cada lei ou do passar das leis. A lei permite que alguém obedeça a alguém, porque nasce de competências previstas e de mandatos voluntários que legitimam a normação. Encontramos, portanto, uma ideologia da lei.” (Legalismo e Ciência do Direito, Atlas, São Paulo, 1977, p. 52).

Ainda segundo o festejado professor pernambucano, a idéia ou noção de Lei, nesse referido ambiente, afasta-se daquela idéia antiga, pois, *“enquanto em Roma a idéia de lei abarcava todos os tipos de preceituação para uso do povo, e entre os antigos judeus havia uma conexão entre fonte jurídica e fonte religi-*

osa (o Pentateuco era por excelência a lei escrita), o legalismo ocidental moderno se planta sobre uma distinção basilar entre a lei e as demais espécies de preceitos, éticos em geral e mesmo jurídicos, em particular.” (op. cit., p. 52).

O *momento liberal* significa o apogeu do culto à Lei e a matriz do viés legalista na Ciência do Direito, do apego às formas e às positivações, em contraste com outros modos de ver e sentir a experiência jurídica; a divisão entre Direito Público e Direito Privado serve para realçar a supremacia do Estado e das suas razões, *tudo o mais, em termos jurídicos, se devendo curvar a essas superioridades.*

Os sistemas políticos posteriores tenderam a acolher a *separação de poderes* e consagram essa divisão, dando-lhe foros teóricos que se fundam na *necessidade de evitar o despotismo*, consideração de ordem essencialmente política que *mascara a realidade da manutenção das linhas sistêmicas ou, pelo menos, evita o seu questionamento nas instâncias judiciais.*

Foi CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, conhecido como Barão de MONTESQUIEU, que teorizou consistentemente esse tópico, em formulação precisa, pois foi quem o desenvolveu largamente em um dos seus livros mais conhecidos - *De l'Esprit des Lois* (O Espírito das Leis), publicado pela primeira vez em 1748.

Nessa obra o Barão expôs, baseando-se em razões que reputa objetivas, *que a experiência política universal demonstra que os detentores do poder tendem naturalmente ao seu abuso e que somente um sistema de recíprocas contenções é capaz de favorecer a liberdade dos indivíduos*; esse sistema era precisamente este, o da ordem liberal, em que as funções estatais estão *separadas*, entregue o seu exercício a órgãos distintos.

É esta a famosa passagem de sua obra, onde semeou a idéia da separação de poderes:

“A democracia e a aristocracia, por sua natureza, não são Estados livres. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma Constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga

e a não fazer as que a lei permite.” (O Espírito das Leis, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, Editora UnB, 1982, Livro XI, cap. IV).

E, dando curso a tais reflexões, que se tornariam particularmente modelares, assim resumiu o inspirado Barão a sua concepção de liberdade política:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” (op. cit., cap. VI).

Por fim, verberava ainda contra a concentração dos poderes, entendendo que era motivo de perdição da segurança dos indivíduos; ao seu ver, a concentração era a principal fonte de muitos males políticos, recomendando a *separação de poderes* como antídoto eficaz contra os seus efeitos:

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos dirigentes, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.” (id., ib.).

Uma organização política com essa orientação seria, de certo modo, *a matriz estruturante dos direitos subjetivos*, pois de ingente e desafiadora compreensão seria a efetividade desses direitos em ambientes concentrados de poder; *a existência de um Poder Judiciário liberto do príncipe e também liberto do poder do Parlamento (sujeito, portanto, apenas à Constituição e às leis) avulta como elemento institucional indispensável à afirmação daqueles referidos direitos, através das correspondentes garantias e do processo, tudo plasmado por escrito na Constituição.*

De inteira pertinência, nesse passo, mais esta observação do sempre citado Professor NELSON SALDANHA:

“No entendimento liberal-burguês clássico, as constituições seriam a própria justificação do Estado. As constituições não apenas abrigariam listas de direitos e garantias, seriam elas mesmas garantias da caracterização jurídica do Estado e da segurança do cidadão e de sua certeza jurídica. Sobre aquele entendimento se assentou a frase de Houriou segundo a qual todo direito constitucional tem por ofício garantir as liberdades. Estas seriam o ponto de partida, o dado fundamental e a técnica jurídica consistente em seu asseguramento sistemático.” (Estado de Direito, Liberdades e Garantias, Sugestões Literárias, São Paulo, 1980, p. 36).

Na implementação pragmática dessa estrutura, a repartição *horizontal* das funções estatais cumpriu um papel de relevo e foi mesmo a expressão acabada do seu conteúdo ideológico: *cada ramo ou dimensão do poder estatal recebe da Constituição o âmbito (ou espaço) em que exercita as suas competências, sem que entre elas haja lugar para hierarquias e desníveis funcionais*; todos os poderes do Estado têm a mesma *fonte legitimadora*, qual seja a Constituição em que eles se unificam.

Tal esquema institucional tende a fazer do Estado uma instituição que se auto-justifica, dispensando que a cada passo haja a necessidade de *explicações de certas posturas ou certas condutas*; melhor dizendo: quando vem a lume uma nova lei ou uma nova decisão judicial ou uma nova diretriz da administração, *pressupõe-se que se trata de atos dotados de legitimidade apriorística*, pela só circunstância de serem produzidos ou emanados do poder estatal.

Na perspectiva liberal, a doutrina jurídica, especialmente a doutrina do Direito Público, se desenvolve em torno desse eixo e as orientações das decisões judiciais seguem esse rumo, *formando-se, com o passar do tempo, um bloco conceptual sólido, uniforme, coerente e que tende a ser tornar imutável*.

Nessa conformação (liberal), em que a lei escrita é a referência lógica e axiológica, facilita-se a fluência das idéias que enaltecem a sua *estrita e fiel observância*, dando oportunidade ao surgimento da *versão literalista do Direito*, que identifica os seus conteúdos fundamentais não apenas com a *norma escrita*, mas com as suas palavras (literalidade), o que de algum modo desterra a *interpretação* que ultrapasse esses limites.

O tema da *interpretação das normas*, numa espécie de *busca sistêmica do Direito*, aqui se coloca com toda a sua magna expressão, provocando algo como uma abertura ou ruptura da *estreiteza normativa*, para atingir um possível *âmbito valorativo* até então oculto.

É nesse movimento da redescoberta dos valores jurídicos e dos seus *compromissos* com outros fins, que *estão além da simples conservação e segurança das coisas e da estabilidade das relações*, que esses *finalismos* incorporam novas dimensões.

3.1. O Estado Social e a exegese construtiva

Anota-se que sob o liberalismo e, por extensão, sob a *visão liberal* do Direito e das instituições jurídicas em geral se encartava de algum modo um *certo sabor meio metafísico ou metanormativo, quanto à elaboração da Lei*, por causa da insistente recorrência a princípios, notadamente o *princípio da separação de poderes*, que terminou *compreendido como vedação ao juiz de incluir, por via da sua interpretação da norma, qualquer elemento que não tivesse sido pré-acolhido pelo legislador*.

Criou-se, por causa e em torno do *mito legalista*, a exclusão da interpretação judicial extensiva, com conteúdo principiológico, valorativo ou criativo, *disseminando-se a noção, tantas vezes repetida, de que o juiz é a boca da lei*, cabendo-lhe apenas reproduzir as suas palavras; essa atitude é que criou ou pelo menos fundamentou o *legalismo* como sendo o eixo da Ciência do Direito.

Porém, o ambiente do Estado Social e das formas do Direito (ou dos direitos) que lhe foram correspondentes, deram à *invocação dos princípios*, uma outra dimensão ou uma outra perspectiva, *qual a da possibilidade de sua concreção ou de sua efetivação*, como que os fazendo descer das alturas metafísicas para o nível terra-a-terra das relações da vida social.

É o Estado Social, assim, um estágio evolutivo do próprio Estado-de-Direito, desde as suas nascentes históricas e absolutistas; não seria o caso de se negar que o Estado Absolutista *foi um Estado-de-Direito*, embora sem a nota de democracia que se acrescentou, como exigência posterior, do mesmo modo como o foi o Estado Liberal.

Seria correto afirmar, nessa linha de raciocínio, que o Direito incorpora, no decurso do tempo, valores novos ou renovados e é isso que traz mudanças para o modo-de-ser do Estado, sem maiores alterações, contudo, na estreita relação imemorialmente existente entre ambos (Estado e Direito).

Poder-se-á dizer, assim, numa linguagem elogiosa, que no Estado Social se criaram as condições para efetivação dos *direitos abstratos oriundos das nascentes liberais*, em especial os da liberdade e da igualdade; esse ambiente resultou, em grande parte, das reivindicações que foram sendo postas pelos chamados

movimentos sociais, impondo ao Estado *uma intervenção positiva, por via jurídica*, no sentido de absorver as tarefas do desenvolvimento econômico.

A *mudança* ou a *passagem* do Estado Liberal para o Estado Social não se opera através de uma única ou simples adaptação macro-estrutural, mas de várias transformações sucessivas, todas permeadas de alguma forma por sugestões oriundas dos *diversos socialismos*, tais como a intervenção estatal positiva em certas áreas do mercado, a absorção de atividades pelo Poder Público e o seu envolvimento direto em ações voltadas para produção de bens e serviços, o planejamento do desenvolvimento do setor privado da economia e muitas outras tarefas afetantes dos serviços públicos.

Os juristas do Estado Social, *não abandonaram as pautas do liberalismo*, inclusive a do culto à Lei, mas desvendaram as suas possibilidades ou potencialidades de certo até então *desconsideradas*, em razão da exclusividade ou da preponderância das preocupações com a *ordem estabelecida*, máxime com a sua dimensão de *ordem econômica*, como já foi visto e criticado, há algum tempo, por autores como PAULO BONAVIDES (Do Estado Liberal ao Estado Social, FGV, Rio de Janeiro, 1972, p. 46), EROS ROBERTO GRAU (Planejamento Econômico e Regra Jurídica, RT, São Paulo, 1978, p. 20) e MODESTO CARVALHOSA (Direito Econômico, RT, São Paulo, 1973, p. 95), dentre vários outros de igual nomeada.

O Estado Social é a matriz da *exegese construtiva* do Direito, sobretudo do Direito Público, *o que se expande para todas as suas instâncias, inclusive a judiciária, dando o contraponto do redirecionamento das decisões dos Tribunais e das decisões judiciais em sentido amplo*.

Há, no ambiente do Estado Social e sobretudo graças à sua *ideologia*, a redescoberta dos *fins sociais da Lei*, embora essa fosse uma regra existente desde 1916 (art. 5o. da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro); o *tempero* que a expressão *fins sociais* trouxe à interpretação das normas tem servido para *ajustamentos* de plúrimas relações jurídicas, inclusive as de base contratual, mitigando (ou até mesmo afastando, em muitos casos, como nas relações jurídicas afetas ao Direito do Consumidor), a supervalidez daquela ancestral recomendação *pacta sunt servanda*.

No plano do processo, é também, nessas águas que emergem, primeiro, a desvinculação do direito de ação da pré-titularidade da relação jurídica básica-material e, depois, a disseminação da legitimidade para a defesa de interesses (e não apenas direitos) difusos, através de ações de alcance geral, a expansão do direito de recorrer (admitindo-se o uso de forma ampla) e a aplicação de *institu-*

tos individualistas clássicos, como o mandado de segurança e o Habeas Corpus, por exemplo, a situações bem diversas daquelas que inspiraram a sua gênese, em tempos passados.

Esse movimento em busca dos princípios jurídicos será algo como um pretexto para uma recuperação dos ideais do jusnaturalismo ou pelo menos daquele seu sentido humanístico e universalista, justamente o que nele há de mais generoso; mas é preciso não se perder de vista que o Direito é também uma ordem e que a sua força é também um valor prezável, além de exigir na sua aplicação a atenção de não o desfazer, via individualismos perceptivos, decisionismos ocasionais ou topicismos incultos.

BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, FGV, Rio de Janeiro, 1967.
- _____, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, FGV, Rio de Janeiro, 1972.
- CALAMANDREI, Piero, *Direito Processual Civil*, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, BookSeller, 1999, 3 vols.
- CARVALHOSA, Modesto, *Direito Econômico*, RT, São Paulo, 1973.
- GRAU, Eros Roberto, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, RT, São Paulo, 1978.
- LLOYD, Dennis, *A Idéia de Lei*, tradução de Álvaro Cabral, Martins Fontes, São Paulo, 1985.
- MIRANDA, Pontes de, *História e Prática do Habeas Corpus*, BookSeller, São Paulo, 1999, 2 vls.
- SALDANHA, Nelson, *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*, Sugestões Literárias, São Paulo, 1980.
- _____, Nelson, *Legalismo e Ciência do Direito*, Atlas, São Paulo, 1977.
- _____, Nelson, *Ordem e Hermenêutica*, Renovar, Rio de Janeiro, 1992.
- SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, EdUnB, 1982.
- ULLMANN, Walter, *Princípios de Gobierno y Política en la Edad Media*, Revista de Occidente, 1971.